المملكة المغربية
ROYAUME DU MAROC

مجلس المنافسة
Conseil de la Concurrence

Guide relatif à la mise en place de programmes de conformité au droit de la concurrence au sein des entreprises et des organisations professionnelles

www.conseil-concurrence.ma

Conseil de la concurrence

Edition du 10 janvier 2022

Conseil de la Concurrence
Avenue Attine . Mahaj Riad Center
Immeubles 7 et 8. 4ème étage, Hay Ryad - Rabat
Tél. : 05 37 75 28 10 - 05 37 75 62 16

Plan

Avant-propos 7

Rappel du cadre juridique régissant la concurrence au Maroc 8

Rappel des principales règles du droit de la concurrence (Cf. annexe 1) 9

I. La mise en place du programme de conformité 9

- A- Présentation de la démarche de conformité 9
- B- Eléments constitutifs clés d'un programme de conformité 10
- C- Mécanismes de contrôle du programme de conformité 16

II. Zones de risques concurrentiels et comment les gérer 18

- A- Les zones de risques concurrentiels 18
- B- Comment gérer les risques concurrentiels et les règles à respecter 21
- C- Les sanctions aux règles du droit de la concurrence 31

Annexes 33

- Annexe 1 : principales règles du droit de la concurrence 35
- Annexe 2 : Particularités liées aux organisations professionnelles 56

Avant-propos

Le Conseil de la Concurrence est une institution indépendante chargée, dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole.

Outre les pouvoirs décisionnels dont il est investi par la législation et la réglementation en vigueur, l'action du Conseil de la Concurrence revêt une importante dimension pédagogique et de prévention à travers la promotion de la concurrence dans les marchés et la sensibilisation des entreprises aux potentiels risques de violation des règles de concurrence.

Dans ce sens, le Conseil de la Concurrence invite toutes les entreprises ainsi que les organisations professionnelles, quels que soient leur taille ou leur secteur d'activité, à se prémunir contre toute pratique anticoncurrentielle, en adoptant un programme de conformité adapté à leurs besoins. La mise en place de ces programmes s'inscrit dans le cadre d'une approche volontariste de prévention et de gestion des risques concurrentiels.

L'objet de ce guide est d'orienter les entreprises et les organisations professionnelles pour se doter d'un programme de conformité au droit de la concurrence, que ce soit sur une base autonome ou en l'intégrant à une politique plus globale de conformité aux règles et normes en vigueur (corruption, financement d'activités illicites, blanchiment d'argent, protection des données personnelles, etc.).

En outre, ce guide fournit aux entreprises et aux organisations professionnelles le cadre général et les outils nécessaires pour construire un programme optimal de conformité au droit de la concurrence. Il offre des recommandations se focalisant sur les étapes pratiques que peuvent suivre les entreprises pour développer une vraie culture de conformité qui tient compte des bonnes pratiques.

Enfin, ce guide permet d'aider les entreprises à saisir les opportunités que leur offre une concurrence libre et loyale pour améliorer leurs compétitivités, développer leurs innovations et faciliter leurs accès aux marchés et aux ressources.

Rappel du cadre juridique régissant la concurrence au Maroc

Le cadre juridique du droit de la concurrence au Maroc est constitué des textes législatifs et réglementaires suivants :

- La loi 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n°1-14-116 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014) ;

- Loi n° 20-13 relative au Conseil de la Concurrence promulguée par le Dahir n°1-14-117 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014) ;

- Le décret n° 2-14-652 du 8 safar 1436 (1er décembre 2014) pris pour l'application de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence ;

- Le décret n° 2-15-109 du 816 chaabane 1436 (4 juin 2015) pris pour l'application de la loi n° 20-13 relative au Conseil de la concurrence ;

- L'arrêté du ministre délégué auprès du Chef du gouvernement chargé des affaires générales et de la gouvernance n° 3433-15 du 12 moharrem 1437 (26 octobre 2015) relatif aux critères quantifiant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement la concurrence ;

- Le règlement intérieur du Conseil de la Concurrence tel que modifié et complété publié au BO n°7014 du 10 moharrem 1443 (19 Aout 2021).

Une consécration constitutionnelle

L'article 36 de la Constitution dispose que l'abus de position dominante et de monopole, et toutes les autres pratiques contraires aux principes de la concurrence libre et loyale dans les relations économiques, sont sanctionnés par la loi.

L'article 166 de la Constitution, le Conseil de la Concurrence, est une institution indépendante chargée, dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole.

Rappel des principales règles du droit de la concurrence (Cf. annexe 1)

I. La mise en place du programme de conformité

A- Présentation de la démarche de conformité

1. Qu'est-ce qu'un programme de conformité?

Le programme de conformité est un document-cadre qui aide à prévenir, réduire et gérer les risques concurrentiels tout en permettant aux acteurs économiques d'éviter les infractions aux normes juridiques qui s'appliquent à eux.

Le programme de conformité, au-delà des exigences légales minimales, doit s'inscrire dans une approche plus globale qui est celle de la responsabilité sociétale de l'entreprise vis-à-vis de l'écosystème social, économique et notamment concurrentiel dans lequel elle évolue.

En matière de concurrence, les programmes de conformité spécifiques aux règles et valeurs du droit de la concurrence aident les entreprises à mieux intégrer la culture de la concurrence dans la conception de leur stratégie ainsi que dans la conduite quotidienne de leurs activités.

Ces programmes reposent non seulement sur des mesures destinées à créer une culture orientée vers le respect des règles (engagement, formation, sensibilisation), mais aussi à mettre en place des mécanismes internes d'alerte, de conseil, d'audit et de responsabilisation indispensables pour créer les bons réflexes au sein des entreprises (prévention, détection et traitement des cas d'infractions potentielles).

Le présent document n'a pas pour prétention de proposer un programme de conformité en matière de concurrence qui serait universel et applicable à toutes les entreprises. En effet, le programme de conformité doit être conçu par et pour l'entreprise, adapté et fait sur mesure, en fonction des marchés, des produits, de l'organisation, de la taille, de la culture et des circuits décisionnels de l'entreprise en question.

Le présent guide vise par conséquent à proposer aux entreprises et aux organisations professionnelles, un cadre référentiel générique de conformité aux règles du droit de la concurrence. Il met, à cet effet, à leur disposition une « boîte à outils » pratique à partir de laquelle elles peuvent confectionner et personnaliser leurs propres programmes de conformité. Cet outil propose ainsi aux entreprises et aux organisations professionnelles les bonnes pratiques organisationnelles et managériales à mettre en œuvre pour la mise en place d'un tel programme,

ainsi que les bons réflexes que l'entreprise doit développer pour être respectueuse des règles du droit de la concurrence, à travers une identification des risques avérés ou potentiels relatifs à son activité.

2. Pourquoi adopter un programme de conformité au droit de la concurrence ?

Les programmes de conformité permettent aux entreprises et aux organisations professionnelles de jouer un rôle proactif dans la régulation concurrentielle des marchés. Ils incarnent une approche d'autorégulation du marché par les acteurs eux-mêmes qui, en détectant et prévenant les risques d'atteintes à la concurrence liés à leurs actions, promeuvent le fonctionnement concurrentiel des marchés au lieu d'être source de dysfonctionnement de celui-ci.

Autrement dit, les programmes de conformité en concurrence permettent aux entreprises et aux organisations professionnels non, seulement de se protéger juridiquement en minimisant considérablement le risque d'être acteur d'une pratique anticoncurrentielle avec toutes les conséquences juridiques et les coûts qui y sont rattachés (amendes pécuniaires, mauvaise réputation, dévalorisation, peine privative de liberté pour les dirigeants, etc.), mais également de faire partie de la solution et non du problème en améliorant, par leurs comportements, le fonctionnement concurrentiel du marché .

En outre, un programme de conformité est une affaire de réputation et de bonne gouvernance. La mise en place effective d'un programme de conformité permet de protéger et consolider le capital image et la réputation de l'entreprise (ou de l'organisation professionnelle) dans sa relation vis-à-vis de ses partenaires, de ses collaborateurs et même de ses actionnaires.

B- Eléments constitutifs clés d'un programme de conformité

Le programme de conformité aux règles de concurrence doit être conçu de manière à ne pas seulement respecter les règles du droit de la concurrence telles que prévues par la loi 104.12 sur la liberté des prix et de la concurrence, mais également d'adopter et développer un système de valeurs articulé autour de la liberté de la concurrence, de manière à ce que cette dernière en soit elle-même vecteur d'une culture de la concurrence en la diffusant sur le marché.

Sur le plan juridique, il y a lieu de préciser que les atteintes au droit de la concurrence sont des infractions objectives et non intentionnelles, dont la caractérisation et l'établissement ne dépendent pas de l'intention de ses auteurs. Autrement dit, la méconnaissance de ces

règles, ne permet pas de justifier une pratique anticoncurrentielle ni d'exempter son auteur de la responsabilité juridique qui en découle. Il est donc fondamental que tous les acteurs de l'organisation soient imprégnés des règles et valeurs du droit de la concurrence.

En conséquence, la conception et l'adoption d'un programme de conformité aux règles de la concurrence efficace et crédible doit concerner tous les niveaux de l'entreprise, de la direction aux équipes en passant par les actionnaires.

Pour ce faire, le Conseil de la Concurrence recommande d'intégrer cinq éléments-clés interdépendants pour s'assurer de l'efficacité et de la crédibilité du programme de conformité, et qui sont :

1. Les engagements et le soutien de la Direction ;
2. La désignation de relais en interne ;
3. La mise en place d'un document cadre et de procédures appropriées ;
4. L'information, la communication, la formation et la sensibilisation ;
5. L'identification et la maîtrise des risques de non-conformité.

Ces éléments clés sont valables, mutatis mutandis, aussi bien pour les entreprises, que pour les organisations professionnelles. Il y a lieu de préciser également que ces éléments peuvent être adaptés et dimensionnés en fonction de la taille de chaque entreprise et de son mode d'organisation.

1. Engagements et soutien de la Direction

Les programmes de conformité aux règles de la concurrence doivent faire l'objet d'une position et d'un engagement clairs, fermes et publics pour respecter les règles et valeurs de la concurrence qui émanent des instances dirigeantes de l'entreprise. Il s'agit là du premier pilier du succès d'un tel programme.

Cette volonté d'engagement affichée est très importante, car elle permet d'impulser une dynamique permettant de stimuler l'ensemble des équipes et de conduire l'entreprise à s'engager effectivement dans la conformité concurrentielle.

Ce soutien des dirigeants à la conformité doit être crédible et renouvelé, car il est le témoignage, pour les partenaires de l'entreprise, de la volonté de celle-ci à adopter une démarche transparente et respectueuse de la libre concurrence dans l'exercice de ses activités.

L’adhésion à la mise en place d’un programme de conformité concurrentielle doit se traduire par un engagement formel et écrit de la part du top management de la société à destination de l’ensemble des collaborateurs de l’entreprise, et de ses parties prenantes.

2. Désignation de relais en interne

La désignation, par les instances dirigeantes de l’entreprise, des personnes responsables en interne de la gestion du programme de conformité aux règles de la concurrence constitue le second pilier pour la mise en place du programme de conformité.

Pour mener à bien ses missions, la personne déléguée par les dirigeants de l’entreprise pour assurer cette fonction, doit accéder directement à toutes les informations et à la documentation nécessaires afin de lui permettre d’identifier les points de risques et faiblesses dans les processus et procédure de l’entreprise. Il doit également procéder à l’examen d’une manière périodique de la stratégie industrielle et commerciales de la société afin de vérifier sa conformité avec les règles du droit de la concurrence, et proposer à la Direction Générale les mesures à même de prévenir et gérer ces risques.

En fonction de l’importance de l’entreprise, il est fondamental que soient alloués les moyens humains et techniques adéquats à la mise en place d’un programme de conformité au droit de la concurrence. Idéalement et en raison de la technicité du droit de la concurrence, cette fonction doit être assurée par un expert praticien en droit et économie de la concurrence, ayant une expérience suffisante en la matière. Cette fonction peut également être assurée par la structure de l’entreprise dédiée aux questions de conformité d’une façon générale sous ses différentes aspects (données personnelles, corruption, etc.), ou par le service juridique de l’entreprise à défaut de moyens. Elle peut être exercée en interne ou externalisée à des cabinets de Conseil ou d’avocats, notamment dans le cas d’une organisation professionnelle.

Certes, le processus de conformité en droit de la concurrence, comme tout programme de conformité, nécessite la mobilisation d’un minimum de moyens humains formés et dédiés qui implique un coût. Toutefois, cette démarche de conformité sous ses différentes formes doit être perçue non pas seulement comme un coût, mais également comme un investissement qui permet à l’entreprise de prévenir les infractions aux règles de la concurrence, et par conséquent d’éviter les sanctions pécuniaires, administratives (jusqu’à 10% du chiffre d’affaires mondiale) et civiles (en dommage et intérêt), ou encore pénale (emprisonnement jusqu’à 5 ans), tout en sauvegardant sa réputation vis-à-vis de ses partenaires.

Par ailleurs, et afin d'assurer la crédibilité des programmes de conformité en droit de la concurrence, les relais désignés par la Direction à cet effet, doivent de préférence être rattachés au top management de la société, tout en faisant preuve d'indépendance afin de pouvoir faire respecter le programme de conformité et avoir l'adhésion de l'ensemble des entités de l'entreprise.

3. Mise en place d'un document cadre et de procédures appropriées

Les modalités de mise en place d'une culture concurrentielle au sein de l'entreprise dépendent essentiellement de sa taille et peuvent passer par la rédaction de soit :

- Un manuel de conformité ;
- Un code de conduite ;
- Ou des directives et Notes internes à l'intention des employés de l'entreprise.

De manière générale, l'ensemble de la documentation partagée en interne doit couvrir les thématiques suivantes :

- Une présentation synthétique du droit de la concurrence ;
- Une présentation de la politique de l'entreprise en la matière insistant sur l'engagement de la direction à se conformer au droit de la concurrence ;
- Une énumération des conduites et des comportements à risque possibles spécifiques à l'entreprise ;
- Un rappel des sanctions encourues par les employés ;
- Un renvoi vers les procédures internes de l'entreprise qui devront prendre en compte les spécificités du droit de la concurrence.

Sur ce dernier point, l'élaboration et la formalisation des procédures de conformité doivent être adaptées aux activités de l'entreprise, à son secteur ou branche économique ainsi qu'au niveau de structuration de l'entité.

Les procédures relatives à la conformité doivent se baser sur une veille juridique continue qui permet d'établir des mécanismes de contrôles internes conçus en vue de prévenir la survenance des comportements considérés comme pratiques anticoncurrentielles.

4. Information, communication, formation et sensibilisation

4.1. Information et communication

Il s'agit de mettre en place des actions intégrées à la politique interne de communication. L'entreprise (ou l'organisation professionnelle) pourrait diffuser des documents ludiques expliquant de manière pédagogique la portée pratique des règles de concurrence auprès des dirigeants, cadres et autres employés concernés.

De tels documents sensibilisent à l'importance à se conformer aux règles de concurrence collectivement et individuellement, et permettent d'identifier les zones de risques liés à l'action des différents départements (commercial, achat, etc.), et d'indiquer aux collaborateurs comment gérer ces risques, et la conduite à suivre en cas de problème, ainsi que la procédure de remontée des alertes et leur traitement.

Les relais désignés en interne seront chargés de la bonne mise en œuvre des actions de communication à travers notamment la réalisation de supports physiques et/ou électroniques (brochures, présentations, notes internes, etc.) à destination de tous les employés en les incitant à adopter de bonnes pratiques permettant de réduire les risques concurrentiels spécifiques à l'activité de l'entreprise.

4.2. Formations

L'organisation de sessions de formation aux règles de concurrence peuvent également être prévues au sein de l'entreprise ou par l'organisation professionnelle à destination de ses membres. Pour ce qui est des entreprises, les formations doivent concerner l'ensemble des employés de l'entreprise en priorisant les employés identifiés comme exerçant des activités à haut risque, tels que les employés relevant du département commercial ou celui des achats.

Afin de stimuler l'engagement des équipes, les programmes de formation doivent présenter des règles simples et claires tout en utilisant le moins possible de jargon juridique de manière à vulgariser le plus possible le sujet.

Des exemples concrets de situations spécifiques à l'activité de l'entreprise ou de l'organisation professionnelle doivent être prévus lors de ces formations. Avec si nécessaire des jeux de rôle (ou de mise en situation), et des quizz permettant de simplifier la compréhension de l'auditoire.

Enfin, une mise à jour régulière des supports de formation, ainsi que des formations continues doivent être prévues en fonction de l'évolution des activités de l'entreprise et de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle en matière de droit de la concurrence.

4.3. Sensibilisation

La sensibilisation aux règles de concurrence est conçue de manière à instaurer une culture de la conformité au droit de la concurrence au sein de l'entreprise et de l'organisation professionnelle. Celle-ci passe par l'ensemble des actions mise en place pour expliquer de manière pragmatique les fondements et les objectifs de la politique de conformité au droit de la concurrence.

La sensibilisation des équipes aux règles de concurrence doit permettre d'informer sur le sens et la portée du programme de conformité ainsi que l'importance et l'intérêt de se conformer à ces règles dans le cadre de l'activité professionnelle.

De manière générale, il est essentiel d'évaluer régulièrement les connaissances et les comportements du personnel en ce qui concerne les politiques et les procédures de conformité à travers, notamment, des actions fédératrices (telles que des journée thématiques spéciales, des questionnaires en interne avec récompenses symboliques, etc.) dédiées à accentuer l'adhésion de l'ensemble des composantes de l'entreprise.

5. Identification et maîtrise des risques de non-conformité

Les relais de la conformité désignés seront amenés à identifier les risques concurrentiels auxquels l'entreprise est exposée. Cela permettra d'aider non seulement l'entreprise à se concentrer sur les activités les plus risquées, mais également de clarifier la pertinence des actions menées et de renforcer la crédibilité du programme de conformité à tous les niveaux de l'entreprise.

Il s'agit de développer une méthodologie et une procédure d'identification des risques internes et externes en matière de concurrence permettant d'adapter le programme de conformité au profil de risque spécifique que l'entreprise supporte.

Une fois les risques de non-conformité identifiés, Il s'agit de les hiérarchiser afin de passer de leur inventaire, à la mise en place d'actions précise pour réduire la probabilité de leur survenance.

La hiérarchisation des risques permet leur classement en tenant compte de:

- Niveau de gravité (impact) ;
- Fréquence d'occurrence (probabilité) ;
- Et mesures de protection existantes pour faire face à ces risques (procédure, point de contrôle, dispositif interne, etc.).

Enfin, une maîtrise optimale des risques doit s'appuyer sur l'ensemble des 5 éléments clés du programme de conformité précités. Mais ces derniers ne sauraient être efficients sans la mise en place de mécanismes de contrôle structurés.

C- Mécanismes de contrôle du programme de conformité

1. Le dispositif de suivi

La réussite de la mise en place du programme de conformité dépend de la capacité de l'entreprise à assurer un suivi de sa mise en œuvre.

Des évaluations fréquentes sont nécessaires pour tout programme de conformité au droit de la concurrence compte tenu du caractère dynamique du contexte commercial et règlementaire dans lequel opèrent les entreprises.

Les actions de suivi peuvent être périodiques, ponctuelles ou déclenchées par un événement. Elles visent à vérifier l'adhésion des composantes de l'entreprise au programme de conformité et à s'assurer que des mesures appropriées ont été prises en cas de manquements.

Les méthodes de suivi servent à vérifier l'efficacité du programme de conformité et varient d'une entreprise à l'autre en fonction de ses spécificités.

L'idéal à ce niveau, est de mettre en place un système de contrôle interne tout en intégrant au niveau des procédures de l'entreprise, l'ensemble de règles de gestion et points de contrôle spécifiques au droit de la concurrence.

Les points de contrôle doivent découler de la réflexion menée par l'entreprise lors de l'identification des risques de non-conformité aux règles de concurrence.

2. Le dispositif d'alerte

La mise en place d'un dispositif d'alerte doit permettre aux employés de communiquer de manière confidentielle avec les relais responsables de la conformité afin de leur demander conseil ou de les alerter sur des infractions avérées ou possibles au sein de l'entreprise.

Une communication confidentielle en interne encourage le personnel à fournir des renseignements sur les risques de non-respect du programme de conformité. Ces renseignements peuvent servir de point de départ à une enquête plus approfondie par les relais responsables de la conformité.

Il est nécessaire de préciser que les employés de l'entreprise doivent pouvoir demander conseil et soulever des doutes sans craindre les représailles et sans avoir à passer par leur supérieur hiérarchique direct.

Ainsi, le programme de conformité doit clairement indiquer les pratiques qui doivent être dénoncés, ainsi que les modalités qui permettent de communiquer les potentielles infractions aux personnes compétentes.

Au-delà de mettre en place un mécanisme de signalement en interne, certaines situations ou métiers spécifiques peuvent faire appel à l'utilisation d'un mécanisme d'alerte externe où les différentes parties prenantes de l'entreprise peuvent signaler des abus éventuels aux relais de la conformité.

3. Les mesures de discipline interne

Pour être crédible, un programme de conformité doit énoncer clairement que des mesures disciplinaires, pouvant aller jusqu'à des suspensions, rétrogradations, licenciements ou même des actions judiciaires à l'encontre d'un employé ou d'un ancien employé, seront prises à la moindre transgression aux règles de concurrence. Ces mesures doivent s'appliquer à tous les employés de l'entreprise peu importe leur ancienneté ou le poste qu'ils occupent.

La politique disciplinaire doit être appliquée systématiquement et avec cohérence dans l'ensemble de l'entreprise. Il est notamment important que les cadres et dirigeants de l'entreprise ne bénéficient pas d'un régime plus protecteur ou d'immunité en cas de violation des règles de concurrence.

En parallèle, le programme de conformité doit prévoir des mesures incitatives adéquates visant le respect du programme de conformité et pouvant favoriser la mise en place d'une culture de la conformité. Dans ce sens, un des outils efficaces pour la promotion de la conformité aux règles de concurrence devrait être la prise en compte du volet éthique et conformité lors du recrutement des employés, leur évaluation, leur promotion ainsi que lors de l'octroi des primes.

Dans cette optique, il est recommandé que les employés de l'entreprise, avec à leur tête ceux qui ont un profile à haut risque, s'engagent par écrit à ne pas s'adonner à des pratiques anticoncurrentielles (intentionnellement ou pas) sous peine d'être sanctionnés en interne et d'assumer les conséquences juridiques de leurs actes.

Cette approche, en même temps, préventive et curative permettra aux entreprises de mieux gérer les risques concurrentiels et d'éviter que des comportements illicites ne se propagent au sein de l'entreprise d'abord et dans le marché de manière générale.

II. Zones de risques concurrentiels et comment les gérer

A- Les zones de risques concurrentiels

Bien qu'il n'existe pas de méthodologie clairement établie ou d'approche unique pour évaluer les risques en matière de concurrence. Les risques de concurrence typiques qu'il est prudent de prendre en considération en droit de la concurrence incluent :

- Les risques potentiels liés à des pratiques anticoncurrentielles, à savoir :
  - ► Les ententes illicites ;
  - ► L'abus de position dominante ;
  - ► L'abus de dépendance économique ;
  - ► La pratique de prix de vente abusivement bas ; etc.
- Et les risques potentiels liés aux concentrations économiques, à savoir :
  - ► La mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par l'une des parties à la concentration ;
  - ► L'absence de notification d'une concentration au Conseil de la Concurrence ;
  - ► La réalisation de la concentration avant l'intervention de la décision du Conseil de la Concurrence ;
  - ► L'omission ou la déclaration de données inexactes au niveau du dossier de notification ;
  - ► La réalisation de la concentration en contravention avec les termes de la décision du Conseil ; etc.

Afin de se prémunir contre ces risques de non-conformité, il est essentiel d'identifier les événements qui peuvent causer leur émergence. Les règles et recommandations pratiques citées ci-après ont pour finalité de permettre à toute entreprise d'adopter les réflexes lui permettant d'être en conformité avec les règles de concurrence. Il s'agit d'une liste non exhaustive qui peut évoluer en fonction de l'activité de l'entreprise et de son niveau de structuration.

Une fois les zones de risque identifiées, les entreprises doivent repérer les employés qui sont concernés par les risques concurrentiels et qui peuvent potentiellement commettre des violations du droit de la concurrence. Il s'agit notamment :

- Des cadres dirigeants de l'entreprise ;
- Des représentants commerciaux;
- Des représentants juridiques ;
- Et tous les autres employés ayant des relations avec les concurrents, les clients ou les fournisseurs de l'entreprise.

Il est recommandé ainsi de mener des entretiens avec ces employés afin de rechercher s'ils ont pu commettre (par méconnaissance parfois) ou sont susceptibles d'enfreindre les règles relatives au droit de la concurrence pour prévoir, dans un deuxième temps, les actions à mener pour maîtriser les risques de non-conformité au droit de la concurrence.

Une fois les activités et les personnes à haut risque identifiés, les plans d'actions pour l'atténuation des risques doivent se faire en collaboration avec ces personnes-clés identifiées au sein de l'entreprise.

Au cours de cette réflexion, il est nécessaire de déterminer de manière précise les activités ainsi que les employés à haut risque au sein de l'organisation. Dans ce sens, il est possible pour les entreprises de développer en interne des questionnaires (ou checklist) permettant d'évaluer les risques concurrentiels ainsi que les employés porteurs de ces risques au sein de la structure.

Checklist indicative permettant d'évaluer les risques concurrentiels et d'identifier les personnes clés au sein de l'entreprise.

Cette checklist permet de se poser les bonnes questions afin que chaque entreprise puisse évaluer son niveau de risque lors de l'exercice de ses activités tout en délimitant les métiers les plus à risque au sein de l'organigramme de l'entreprise.

Questions	Oui	Non
Questions relatives aux pratiques anticoncurrentielles		
Vos concurrents sont-ils en même temps des clients ou des fournisseurs ?		
Êtes-vous en concurrence avec vos fournisseurs sur un marché spécifique ?		
Avez-vous des contrats exclusifs de longue durée avec des clients ou fournisseurs ?		
Vos contrats comprennent-ils des clauses spécifiques concernant les ventes ou les achats ?		
Votre entreprise impose-t-elle des restrictions de vente à ses clients ?		
Réalisez-vous une répartition des marchés avec vos concurrents (géographiquement ou en fonction des clients) ?		
Échangez-vous des informations avec vos concurrents sur des produits ou des services ?		
Discutez-vous des conditions de soumission avec des tiers lors de la soumission à des appels d'offres publics ?		
Imposez-vous à vos clients des conditions de vente telles que le niveau des prix à appliquer, les rabais ou encore les délais de paiement ?		
Limitez-vous les ventes de vos distributeurs ou clients (géographiquement ou en fonction des clients) ?		
Les réunions au sein des organisations professionnelles donnent-elles lieu à des procès-verbaux détaillés ?		
Les réunions des organisations professionnelles se tiennent-elles dans un cadre informel ?		
Dans le cadre des négociations pour l'acquisition d'une entreprise, avez-vous échangé des informations à caractère confidentiel ?		
Questions relatives aux métiers à risque dans l'entreprise		
Est-ce que l'employé est amené à parler ou à entrer en contact avec vos concurrents, clients ou fournisseurs ?		
Est-ce que l'employé participe-t-il à des réunions d'organisations professionnelles ou d'autres activités propres à votre secteur d'activité ?		
Est-ce que l'employé a été auparavant salarié au sein d'une entreprise concurrente ?		
Est-ce que l'employé a accès à des informations commerciales confidentielles (prix, stratégie commerciale, etc.) ?		

** La checklist ci-dessus est fournie à titre indicatif et peut être enrichie en fonction de la situation de chaque entreprise*

*** Si vous considérez qu'évaluer les risques en matière de pratiques anticoncurrentielles reste un exercice complexe, n'hésitez pas à consulter un conseil juridique spécialisé*

B- Comment gérer les risques concurrentiels et les règles à respecter

Les règles du droit de la concurrence représentent l'ensemble des normes visant à promouvoir et sauvegarder le libre jeu de la concurrence sur les marchés

Elles visent à garantir un fonctionnement concurrentiel optimal sur les marchés au bénéfice :

- Des entreprises ; en garantissant un accès libre et équitable aux marchés tout en évitant l'éviction et les abus à l'encontre d'un opérateur ;
- Des consommateurs ; en assurant leur bien être à travers l'assurance d'une qualité et d'un prix optimaux au niveau des biens consommés.

Selon les dispositions de l'article 1 de la loi 104-12 précitée, ces règles s'appliquent :

1. A toutes les personnes physiques ou morales qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc, dès lors que leurs opérations ou comportements ont pour objet ou peuvent avoir un effet sur la concurrence sur le marché marocain ou une partie substantielle de celui-ci ;
2. A toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes morales de droit public lorsqu'elles agissent comme opérateurs économiques et non dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou de missions de service public ;
3. Aux accords à l'exportation dans la mesure où leur application a une incidence sur la concurrence sur le marché intérieur marocain.

Notion d'entreprise en droit de la concurrence

En droit de la concurrence, la notion d'entreprise englobe toute entité, dotée ou non de la personnalité juridique, à condition que celle-ci exerce une activité économique.

En effet, le statut juridique de l'entité importe peu. Elle peut être aussi bien une personne physique ou une personne morale qu'une entité dépourvue de la personnalité juridique, comme un groupe de sociétés ou une succursale.

Par ailleurs, le critère déterminant reste l'exercice par l'entité d'une activité économique. Celle-ci se définit comme toute activité portant sur des produits, des biens ou services réalisée au sein d'un marché quelles que soient les modalités d'exercice, y compris pour les personnes morales de droit public dès lors qu'elles agissent comme opérateurs économiques.

1. Gérer les risques liés aux ententes anticoncurrentielles

1.1. Le principe :

Dans un marché libre et concurrentiel, chaque entreprise doit déterminer sa politique et stratégie (industrielle et commerciale) de manière autonome.

La loi marocaine interdit dans son article 6 de la loi 104-12 précitée, interdit tout accord ou pratique concertée quelle que soit sa forme, dès lors qu'il a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché.

Les ententes anticoncurrentielles sont prohibées car elles sont préjudiciables aux consommateurs (finaux et intermédiaires) et à la collectivité. En effet, ces pratiques se traduisent souvent par une hausse artificielle des prix et une détérioration de la qualité et de l'innovation. Au lieu de se livrer à une concurrence efficace, les entreprises, en s'entendant, neutralisent la concurrence entre elles pour maximiser leurs profits et privent ainsi la collectivité des bénéfices en termes d'innovation, de qualité et de prix qui pourraient résulter du processus concurrentiel

1.2. Les réflexes à développer :

1.2.1. Entres les entreprises concurrentes

A ne pas faire :

Les entreprises doivent s'interdire de se mettre d'accord ou de se concerter avec leurs concurrents pour :

- Fixer les prix ou coordonner les variations des prix, ou les marges ou remises sous toutes leurs formes : structure du prix, prix référentiel, prix et modalités d'achat et de vente, ou les marges applicables ;

- Limiter les volumes production ou de vente, notamment en fixant des quotas de production ou en mettant en place des mécanismes artificiels de régulation de l'offre de produits ou de services sur le marché ;

- Partager les marchés, les sources d'approvisionnement ou les débouchés : partage géographique ou par lot ou segment, etc. ; - Limiter les territoires ou la clientèle d'un client/ revendeur ;

- Stocker clandestinement une marchandise pour influencer le marché ;

- Boycotter un tiers (autre concurrent, nouvel entrant, client, fournisseur etc.) ;
- Manipuler des appels d'offres public en vue d'influencer le résultat, à travers:
  - ► Des réponses concertées ;
  - ► L'échange d'informations sensibles (montant des offres, répartition des lots, etc.) ;
  - ► Le dépôt d'offres fictives (offres de couverture).

De simples échanges d'information entre concurrents peuvent également être sanctionnés comme une pratique anticoncurrentielle.

C'est la raison pour laquelle les entreprises doivent s'abstenir d'échanger des informations sensibles stratégiques relevant du secret des affaires avec les concurrents, telles que les informations liées à la politique commerciale, industrielle ou d'approvisionnement de la société (prix, conditions de vente, coûts de production, volumes, remises, capacités de production, clients, fournisseurs, etc.).

<u>A faire :</u>

Chaque société doit fixer de façon autonome sa politique commerciale, industrielle et d'approvisionnement.

Si un employé ou un dirigeant d'une entreprise a été sollicité par un concurrent pour échanger des informations sensibles ou engager une discussion ou se mettre d'accord verbalement ou par écrit sur un des points précédemment cité, il doit immédiatement mettre fin à la conversation, et décliner par écrit toute discussion dans ce sens (compte rendu, email ou lettre). Il doit sans délai prendre attache avec le responsable de la conformité aux règles du droit de la concurrence de son entreprise pour l'informer de cet incident.

1.2.2. Entre les clients et les fournisseurs

<u>A ne pas faire :</u>

- N'insérer pas dans les contrats des clauses d'exclusivité ou de sélectivité d'approvisionnement ou de distribution avant consultation de la personne en charge de la conformité aux règles de la concurrence ou par un juriste spécialisé;
- Ne jamais imposer directement ou indirectement un prix de revente ou définir la marge du

distributeur ou du vendeur. Toutefois, des prix conseillés peuvent être proposés, sans que ces propositions ne soient assorties de restrictions visant à imposer indirectement ces prix ou leurs surveillances;

- Ne pas restreindre la zone de chalandise de ses distributeurs ou clients en leur interdisant la revente sur d'autres territoires ;

- Ne pas interdire à un distributeur exclusif de répondre à des demandes non sollicitées des clients établis en dehors de son territoire (ventes passives).

A faire :

- Laisser votre distributeur fixer librement son prix de vente aux consommateurs

- Lorsque vous recommandez un prix de revente, il ne faut pas l'accompagner de mécanismes de surveillance ou de restrictions qui le transforment indirectement en prix de revente imposé ;

- Laisser votre distributeur choisir son territoire de revente et ses clients ;

- Fixer votre politique d'approvisionnement librement.

Bon à savoir…

La forme de l'entente n'est pas déterminante : Pour qualifier un comportement d'entente illicite, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un accord formel et écrit (contrats). Ces pratiques peuvent résulter d'accord écrit, ou de simple discussion, d'échanges verbaux, ou de décision d'une association d'entreprises, d'échange d'email ou encore de conversations téléphoniques.

La preuve des ententes anticoncurrentielle est libre : cette preuve peut être rapportée par tout moyen : email, agendas personnels, enregistrements, factures, contrats conclus entre fournisseurs distributeurs, notes manuscrites, etc.

1.3. Tous les accords ne sont pas anticoncurrentiels :

Tous les accords entre concurrents ne sont pas interdits par la loi sur la liberté des prix et de la concurrence. Certains accords horizontaux et verticaux peuvent être compatibles avec les règles de droit de la concurrence si les conditions cumulatives requises par l'article 9 de la loi 104-12 précitée, sont réunies. Il s'agit, à titre d'exemple, des accords ci-après:

- Les accords de recherche et de développement;

- Les accords de production, à travers des contrats de sous-traitance par exemple ;

- Les accords d'achats groupés de plusieurs concurrents afin de réduire les coûts d'achat ou d'importation;

- Les accords de transfert de technologie, tels que les brevets, marques, droit d'auteur, savoir ;

- Les accords de groupement lors de la soumission à des appels d'offres publics.

Exemptions prévues par la loi

L'article 9 de la loi 104-12 dispose que certaines pratiques ne sont pas considérées comme anticoncurrentielles, lorsque celles-ci :

- Résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire ;
- Ont pour effet de contribuer au progrès économique et technique, notamment par la création ou le maintien d'emplois ;
- Réservent aux bénéficiaires une partie équitable du profit qui en résulte, sans pour autant éliminer la concurrence ;
- Contribuent à améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises.

1.4. Au niveau des organisations professionnelles :

En raison de leur fonction fédératrice, les organisations professionnelles (associations, syndicats professionnels ou ordres professionnels organisées) peuvent jouer un rôle essentiel et être un relai important et efficace dans la promotion et la diffusion de la culture de la concurrence dans le secteur dans lequel ses membres sont actifs.

Toutefois, les organisations professionnelles peuvent également constituer des lieux propices à l'émergence de comportements anticoncurrentiels entre leurs membres, car elles constituent un lieu de rencontres, de discussions et d'échanges sur des questions liées à leurs secteurs d'activité.

Dès lors, ces organisations présentent un risque important de survenance d'infraction au droit de la concurrence, ce qui peut avoir des conséquences en termes de coûts significatifs, non seulement pour l'organisation en question, mais également pour ses membres qui sont, en principe, solidairement et individuellement responsables des pratiques anticoncurrentielles (amendes, sanctions pénales, dommages et intérêts, etc.).

Dès lors, et sans prétendre à l'exhaustivité, il est recommandé aux membres des organisations professionnelles de ne pas participer à de réunions formelles ou informelles (déjeuner, discussion informelles, etc.) dont l'objet porte sur :

- Les prix appliqués ;
- Les variations futures de prix ;
- Les conditions commerciales (les rabais, remises, ristournes, etc.) ;
- Les quantités vendues ;
- L'évolution des ventes ;
- Les relations avec les clients et les fournisseurs ;
- Les projets futurs de l'entreprise etc. ;

De manière générale, les entreprises doivent être vigilantes quant à la nature des informations qu'elles partagent en tant que membres des différentes organisations professionnelles. Ainsi, elles devront veiller au maximum à ne transmettre que des informations qui sont considérées comme publiques et éviter tout échange d'informations commerciales/concurrentielles à caractère sensible.

Pour le cas des études sectorielles ou statistiques au niveau des organisations professionnelles, il est nécessaire de veiller à ce que les informations communiquées ne soient pas divulguées aux autres concurrents. De même pour les résultats de ces études, ces dernières ne doivent pas contenir des informations à caractère confidentiel pouvant nuire à la concurrence entre les opérateurs du secteur.

Devant cette situation, il est recommandé à l'organisation professionnelle, de mettre en place un engagement de confidentialité à destination de tout le personnel en charge ou en contact avec des informations d'ordre confidentiel.

<u>A ne pas faire :</u>

- Refuser l'accès à l'organisation professionnelle sans motif légitime et raison objective ;
- Les membres d'une organisation professionnelle ne doivent pas se coordonner de manière expresse ou tacite, écrite ou orale, formelle ou informelle leurs actions et comportement sur le marché que ce soit pour :
    - ► Fixer les prix ou coordonner les variations des prix, ou les marges ou remises sous toutes leurs formes : structure du prix, prix référentiel, prix et modalités d'achat et de vente, ou les marges applicables ;

► Limiter les volumes de production ou de vente, notamment en fixant des quotas de production ou en mettant en place des mécanismes artificiels de régulation de l'offre de produits ou de services sur le marché

► Partager les marchés, les sources d'approvisionnement ou les débouchés : partage géographique ou par lot ou segment, etc. ;

► Boycotter un tiers (autre concurrent, nouvel entrant, client, fournisseur etc.) ;

- Les membres d'une organisation professionnelle ne doivent pas échanger des informations relatives à la stratégie ou à la politique commerciale (prix, remise, production, capacités, coûts de production, liste des clients, intention de participer à des appels d'offres, modalités d'achat ou de vente, etc.). Et d'une façon générale toute information commerciale sensible qui limite l'incertitude sur le marché et permet d'anticiper le comportement des concurrents.

A faire :

Les réunions des organisations professionnelles doivent faire l'objet d'une notification au préalable et d'un ordre du jour précis, et le cas échéant de la présence d'un expert en droit de la concurrence lorsque l'un des points programmés à l'ordre du jour est susceptible de susciter des questions de droit de la concurrence (ex. études, données à collecter, etc.).

Le respect de l'ordre du jour est indispensable pour éviter tout dérapage ou discussion sur des sujets qui peuvent être problématiques d'un point de vue concurrentiel. Dans ce sens :

- Demandez par écrit de retirer de l'ordre du jour les questions qui peuvent poser des préoccupations de concurrence, et n'assistez à ces réunions que si ces points ont été retirés ;

- Demandez explicitement d'arrêter toute discussion d'un point ou d'un sujet susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle, et demandez à consigner votre objection dans le compte rendu de la réunion, et retirez-vous de la réunion le cas échéant ;

- Exigez toujours qu'un compte rendu de la réunion soit établi et qu'il soit fidèle à la réunion. Les comptes rendus et l'ordre du jour des réunions doivent être conservés.

Bon à savoir…

Les organisations professionnelles peuvent légitimement examiner et discuter des sujets techniques ou scientifiques, ou liés à l'organisation générale de l'activité de leurs membres ou des sujets administratifs et fiscaux, ou de relations institutionnelles

Elles peuvent également, aux fins de produire des statistiques sur le secteur et sous certaines conditions, collecter auprès de ses membres des statistiques sur leurs activités. Ces informations ne peuvent être diffusées par l'organisation professionnelle que si elles sont agrégées, non individualisés et historiques (ce caractère varie selon la nature des données et la structure du marché en question). ***Cf. annexe 2***

2. Gérer les risques liés aux éventuels comportements relatifs à l'existence d'une position dominante ou d'une situation de dépendance économique

L'abus de position dominante regroupe les pratiques commerciales anticoncurrentielles auxquelles est susceptible de se livrer une entreprise en position dominante pour conserver ou renforcer sa position sur le marché.

En droit de la concurrence, la position dominante n'est pas en soi prohibée, seule l'exploitation abusive de cette dernière l'est. En conséquence, il n'y a rien d'illégal pour une entreprise d'être dominante sur un marché par ses mérites (innovation, concurrence par les prix, qualité, etc.). Toutefois, lorsque ce pouvoir de marché est utilisé pour évincer ses concurrents ou ceux de ses filiales, ou pour l'exploitation des consommateurs, il devient constitutif d'un abus de position dominante.

Dans certains cas de figure, particulièrement dans les marchés oligopolistiques ou duopolistiques, plusieurs entreprises peuvent détenir ensemble une position dominante, on parle de position dominante collective.

La détention d'une position dominante impose à l'entreprise une responsabilité particulière sur le marché, elle doit doubler de vigilance afin d'assurer que son comportement et ses stratégies ne portent pas atteinte au fonctionnement concurrentiel de ces deniers.

Ainsi, une entreprise est en position dominante si sa position sur le marché lui permet de se comporter de manière indépendante, sans tenir compte de la pression concurrentielle exercée par ses concurrents ou clients.

La loi marocaine ne définit pas un seuil de chiffre d'affaire ou de parts de marché à partir duquel une entreprise peut être considérée comme détenant une position dominante. Cette position

est appréciée en fonction des spécificités de chaque marché et de sa structure. Plusieurs critères sont généralement retenus :

- Critères quantitatifs : parts de marché en volume ou en valeur, capacité financière, capacités de production ou de stockage, etc. ;

- Critères qualitatifs : notoriété, opérateur historique, existence d'une infrastructure essentielle, détention de droits de propriété intellectuels (brevets et autres).

La position dominante d'une entreprise est appréciée au regard d'un marché pertinent à définir tant d'un point de vue de produits et de service, que sur le plan géographique.

Marché pertinent en droit de la concurrence

Un marché pertinent se définit comme un marché concerné, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opérateur a une incidence directe ou indirecte.

Un marché pertinent de produits comprend tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

Des produits, sans être substituables, peuvent être regardés comme relevant d'un même marché, dès lors qu'ils requièrent la même technologie pour leur fabrication et qu'ils font partie d'une gamme de produits de nature à caractériser ce marché.

Un marché pertinent géographique est un territoire sur lequel sont offerts et demandés des biens et des services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce qu'en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière significative.

Si votre entreprise est en position dominante individuelle ou collective, il faut qu'elle évite d'utiliser cette position sur le marché ou un segment de celui-ci pour mettre en œuvre des pratiques commerciales ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'évincer un concurrent, ou d'exploiter les clients ou fournisseurs.

<u>A ne pas faire :</u>

- Appliquer des prix d'achat ou de vente prédateurs, ou excessivement élevés ;

- Appliquer des conditions et modalités commerciales d'achat ou de vente non équitable ou exorbitantes ;

- Octroyer des remises économiquement injustifiées (remises de fidélité) ;

- Discriminer au niveau des prix ou conditions commerciales entre ses partenaires commerciaux répondant aux mêmes critères, en leur imposant des conditions inégales ;

- Favoriser ses filiales en amont ou en aval au niveau des conditions commerciales

- Refuser la vente ou la fourniture de services à ses partenaires sans motif légitime

- Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires (ventes liées) ;

- Imposer des conditions d'exclusivité excessive.

L'abus de dépendance économique

Contrairement à l'abus de position dominante se rapportant à une domination absolue, l'abus de dépendance économique concerne les abus de domination relatifs aux relations verticales entre entreprises.

L'abus de dépendance économique vise à appréhender certaines pratiques abusives qui émergent, particulièrement dans les rapports de force entre fournisseurs et distributeurs et qui échapperaient à la qualification d'abus de position dominante, en l'absence d'une telle position.

L'existence d'un abus de dépendance économique nécessite la réunion des éléments constitutifs suivants :

- L'existence d'une relation client fournisseur ;
- L'existence d'une situation de dépendance économique ;
- L'absence de solution alternative ;
- L'exploitation abusive de cette situation de dépendance économique.

3. Gérer les risques liés aux opérations de concentration économique

Le droit de la concurrence ne porte pas seulement sur le comportement des entreprises sur les marchés, mais aussi sur la structure des marchés à travers le contrôle des opérations de concentration économique.

Est considérée comme une concentration économique, toute opération de croissance externe d'une entreprise qui induit un changement durable dans son contrôle. Elle peut prendre plusieurs formes :

- Acquisition de parts dans le capital social, de titres, de fonds de commerce ou d'actif ou d'activité ;

- Fusion ;

- Création d'une entreprise commune ;

- Passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif ou inversement ;

- Signature de certains contrats qui confèrent une influence déterminante sur une entreprise (sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de direction d'une entreprise)

Lorsque ces opérations remplissent les conditions de seuils prévues par la loi 104-12 précitée ainsi que le décret n° 2-14-652 du 8 safar 1436, elles doivent être notifiées au Conseil de la Concurrence sous peine des sanctions prévues par l'article 19 de la même loi.

Seuils de notification

Selon les dispositions de l'article 12 de la loi 104-12 précitée, toute opération de concentration doit être notifiée au conseil de la concurrence par les entreprises et les parties concernées, avant sa réalisation.

Cette obligation s'applique lorsqu'une des trois conditions suivantes est réalisée :

- Le chiffre d'affaires total mondial, hors taxes, de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est égal ou supérieur à 750 millions de dirhams ;
- Le chiffre d'affaires total, hors taxes, réalisé au Maroc par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est égal ou supérieur à 250 millions de dirhams ;
- Les entreprises qui sont parties à l'acte, ou qui en sont l'objet, ou qui lui sont économiquement liées ont réalisé ensemble, durant l'année civile précédente, plus de 40% des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci.

C- Les sanctions aux règles du droit de la concurrence

Les atteintes au droit de la concurrence sont des infractions objectives et non intentionnelles, dont la caractérisation et l'établissement ne dépendent pas de l'intention de ses auteurs.

Toute entreprise ou organisation professionnelle qui enfreint les règles du droit de la concurrence s'expose à plusieurs types de sanctions qui peuvent être cumulatives :

- Amendes administratives : le conseil de la concurrence peut infliger une amende pouvant atteindre 10% du montant du chiffre d'affaires mondial ou national hors taxes consolidé, selon la gravité de l'infraction, sa durée et le dommage causé à l'économie et aux consommateurs ;

- Injonction assortie d'une astreinte si la décision du Conseil de la Concurrence reste inexécutée ;

- Peines privatives de liberté pour les dirigeants ou employés qui, frauduleusement ou en connaissance de cause, ont pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation, la mise en œuvre ou le contrôle d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante. Ces peines sont prononcées par la justice ;

- Dommage et intérêts devant les juridictions compétentes ;

- Annulation des accords conclus ;

- Annulation de l'opération de concentration non notifiée et démantèlement de la structure créée ;

- Exclusion des marchés publics ;

- Publication de la décision aux frais de l'entreprise dans la presse.

En résumé, ce qu'il faut retenir en pratique

Pour assurer le respect des règles de concurrence et éviter les risques de non-conformité, il est recommandé aux entreprises de s'abstenir de tout contact inutile avec les représentants des opérateurs concurrents.

En cas de rencontre avec des concurrents de l'entreprise et pour ne pas créer des suspicions ou des apparences de violation des règles de concurrence il est conseillé, entre autres, de :

- Privilégier les rencontres officielles dans le cadre d'association, syndicats, fédération ou groupement professionnel ;
- Veiller à ce que l'ordre du jour soit défini et respecté et que les conversations ne glissent pas sur des éléments non-inscrits sur cet ordre de jour;
- Interdire tout échange d'informations sensibles et/ou confidentielles ;
- Consulter les relais désignés ou la hiérarchie préalablement à tout nouveau projet impliquant des relations avec vos concurrents (sous-traitance, groupement, accord de coopération, etc.) en cas de doute sur la légalité d'une situation,

Dans votre relation avec vos clients et fournisseurs, il est préconisé, entre autres, de :

- Soumettre aux relais désignés ou à la hiérarchie toutes les clauses relatives aux contrats incluant des clauses d'exclusivité, des projets de rabais et remises ou toutes autres conditions susceptibles d'être contraires aux règles de la concurrence ;
- Maîtriser la communication interne et externe en privilégiant les écrits dans vos négociations.

Annexes

Annexe 1 : principales règles du droit de la concurrence

1- Les ententes anticoncurrentielles

L'article 6 de loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence interdit tout accord ou pratique concertée quel que soit sa forme (les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites), dès lors qu'il a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché, notamment en :

- ► Limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- ► Faisant obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché et en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- ► Limitant ou contrôlant la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- ► Répartissant les marchés, les sources d'approvisionnement ou les marchés publics.

- Les ententes anticoncurrentielles sont prohibées car elles sont préjudiciables aux consommateurs (finaux et intermédiaires) et à la collectivité. En effet, ces pratiques se traduisent souvent par une hausse artificielle des prix et une détérioration de la qualité et de l'innovation.

- Les accords sont les *actes juridiques exprès* (contrats, lettres, recommandations, circulaires, directives…) ou tacites qu'ils aient force obligatoire ou non, ainsi que les pratiques concertées visant à substituer aux nécessaires incertitudes liées au marché une prévisibilité accrue quant au comportement des parties impliquées.

- Il peut s'agir d'un simple *engagement moral tel le gentlemen's agreement, parfois traduit par « convention de groupement préliminaire verbal »*, qui est un accord informel ou un ensemble d'arrangements pouvant porter notamment sur des objectifs de prix, de volumes de vente, ou encore sur des dates et lieux de réunions périodiques.

- Un accord peut exister même lorsqu'un *comportement semble unilatéralement imposé par une entreprise à une autre entreprise,* à partir du moment où l'autre entreprise y consent et/ou y a un intérêt notamment lorsqu'une entreprise renonce, soit par contrat soit à la suite de menaces ou sur la base d'une promesse incitative, à adopter un certain comportement sur le marché (par exemple concéder des rabais, s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur).

- Pour qu'il y ait accord entre entreprises, il faut que deux entreprises au moins participent à l'accord. À cet égard, *les accords entre des sociétés appartenant à un même groupe échappent en règle générale au droit de la concurrence,* l'ensemble des sociétés d'un groupe étant en principe assimilées, en droit de la concurrence, à une seule et même entreprise.

- Pour sanctionner ce type de pratiques, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un accord formel et écrit. L'instruction menée par le Conseil de la Concurrence et l'analyse de pièces demandées ou saisies par suite d'une enquête de concurrence, peuvent suffire à établir *l'existence d'une entente anticoncurrentielle à partir de l'existence d'indices sérieux, graves et concordants :* documents écrits, témoignages, échanges d'information ou des hausses successives et identiques.

- L'entente peut être sanctionnée aussi bien si les parties sont *au même stade du processus économique* **(accords\ententes horizontales)** ou à *des stades différents du processus économique* (accords**ententes verticales)**.

- Ci-dessous, une liste des restrictions pouvant être sanctionnées :

A. Accords horizontaux :

► Accords sur les prix

- C'est la forme la plus courante et la plus ancienne de coordination entre les concurrents sur les prix de produits ou services

- Ils ont pour effet de faire obstacle à la fixation libre des prix et favoriser la hausse ou la baisse artificielle de ceux-ci.

- Il peut s'agir d'une fixation expresse ou tacite \ directe (prix ou élément de prix) ou indirecte (élément permettant d'établir le prix comme le coût de transport…).

- Ils peuvent consister en l'établissement d'un prix identique (alignement des prix voire uniformisation) ou d'un prix différent (conduisant au partage du marché).

- Ils peuvent porter sur le prix, son mode de calcul, les rabais accordés, les conditions de transaction (délai d'exécution, durée du crédit et garanties), les marges, un niveau de variation du prix à la hausse ou à la baisse.

- Ils peuvent prendre la forme d'un contrat, d'une coordination dans le cadre d'une organisation professionnelle, de l'emploi de listes de prix communes, de l'application d'un "tarif de la branche" ou d'un catalogue commun, d'échanges entre concurrents par e-mail ou par téléphone ou encore d'une simple poignée de mains.

-Les schémas communs de calcul des prix ne sont admissibles que si leur contenu est limité à des formules de calcul des coûts et des prix, tout en laissant la liberté à chaque

entreprise de déterminer ses prix et d'accorder des rabais. Ils ne doivent pas imposer ou proposer des montants ou des pourcentages forfaitaires concernant le décompte des coûts, ni imposer ou proposer des marges, des rabais, d'autres éléments du prix ou des prix finaux.

► Accords sur les quantités :

- Ils visent à limiter artificiellement les quantités de biens ou de services produits ou fournis dans un marché.

- Ils ont des effets similaires aux accords sur les prix.

► **Accords sur la répartition des marchés ou de la clientèle :**

- Ils ont pour objet :

▪ Le cloisonnement des marchés soit selon des critères géographiques, soit sur une base quantitative, soit en fonction de catégories de produits ou services ;

▪ L'étouffement de la concurrence par une uniformisation des prix et conditions contractuelles ;

▪ Fréquemment le cloisonnement et l'étouffement de la concurrence par la détermination des quotas, la fixation des prix et parfois la manipulation des appels d'offres.

- La forme juridique de l'accord est sans importance, seul compte l'effet de cristallisation des parts de marché :

▪ Echanges d'informations sur la détermination de quotas ou de prix ;

▪ Engagement (Gentlemen's agreement ou un "code éthique") qui impose de consulter préalablement ses concurrents avant de répondre à une demande d'offre émanant d'un client ;

▪ Accord avec les concurrents dans le cadre d'un appel d'offres public\privé en vue d'influencer le résultat d'un processus d'adjudication (échanges d'informations sur les réponses faites ou en préparation des offres de couverture).

C'est le cas des entreprises qui envisagent de déposer une offre et se concertent préalablement pour déterminer celles d'entres elles qui déposera l'offre la plus avantageuse et remportera l'appel d'offres. Les autres s'engagent soit à s'abstenir de participer à l'appel d'offres, soit à déposer une

offre artificiellement élevée, en contrepartie de l'obtention d'indemnités compensatrices, de travaux de sous-traitance ou de l'assurance de pouvoir emporter une offre ultérieurement.

► Accords visant l'exclusion d'autres concurrents du marché

- Ils visent à exclure du marché des concurrents autres que les participants soit en complément d'un partage de ce marché, soit avec ce seul objet.

- L'entente peut revêtir diverses formes :

▪ Les clauses de non-concurrence réciproques ;

▪ La pratique de prix prédateurs par deux entreprises, pour empêcher par ce dumping, une entreprise concurrente de pénétrer sur le marché en cause ;

▪ L'adoption de conditions d'adhésion à une organisation professionnelle ou d'obtention d'une qualification ou d'un label, permettant l'accès à un marché, ne consistant pas en des critères précis, objectifs et non discriminatoires.

B. Accords verticaux :

► Accords sur la fixation des prix de revente

- Les accords entre producteurs (ou importateurs) et distributeurs qui fixent les prix de revente que doit pratiquer le distributeur sont absolument interdits.

- Cette interdiction s'applique aussi bien à la détermination de prix fixes que de prix minimaux, de rabais, de composantes du prix et d'autres conditions de vente.

- Les recommandations de prix ne sont admissibles qu'à des conditions très restrictives :

▪ Elles doivent être expressément désignées comme non contraignantes ;

▪ Elles doivent être rendues largement accessibles, et non pas uniquement réservées aux revendeurs ou commerçants ;

▪ Elles ne peuvent sous aucun prétexte être assorties de menaces ou autres formes de pression, ni de l'octroi d'avantages particuliers ;

▪ Elles doivent être abandonnées lorsqu'elles sont largement suivies en pratique.

► Le monomarquisme :

- Les accords dont le trait principal est d'obliger ou d'inciter l'acheteur à s'approvisionner, pour un type donné de produit, auprès d'un seul fournisseur.

- Ils se matérialisent entre autres, dans les :

▪ *Clauses de non-concurrence* qui ne signifient pas que l'acheteur soit tenu de s'approvisionner uniquement directement auprès du fournisseur, mais qu'il n'achètera et ne revendra pas ou n'intégrera pas dans ses produits des biens ou services concurrents.

▪ *Quotas d'achat*, l'acheteur réalisant l'essentiel de ses achats auprès d'un seul fournisseur conformément à des mesures d'incitation ou à des engagements convenus avec celui-ci. L'imposition de quotas d'achat peut par exemple prendre la forme d'une obligation d'achat minimal ou de constitution de stocks, ou d'une tarification non linéaire comme notamment des rabais conditionnels ou un prix à double composante (redevance fixe plus prix à l'unité). *La clause dite « anglaise »*, en vertu de laquelle l'acheteur doit déclarer toute offre plus avantageuse et ne peut l'accepter que si le fournisseur ne s'aligne pas sur elle, produira vraisemblablement le même effet qu'une obligation de monomarquisme, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de l'offre.

- Ils ont pour effet de fermer l'accès du marché pour des fournisseurs concurrents ou potentiels, d'atténuer la concurrence, faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative et, lorsque l'acheteur est un détaillant vendant aux consommateurs finals, d'affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente.

► La distribution exclusive

- Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé. Dans le même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs).

- La position détenue par le fournisseur et ses concurrents peut avoir une double signification.

▪ Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera en règle générale compensée par une concurrence intermarques suffisante.

▪ Si, en revanche, le nombre de concurrents devient relativement faible et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire en termes de parts de marché, de capacités et de réseau de distribution, il existe un risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence.

- La distribution exclusive multiple, à savoir le fait pour différents fournisseurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné, peut encore accroître le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. Si un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents importants ou plus sur le même territoire, la concurrence intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques.

- La combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif augmente le risque d'un affaiblissement de la concurrence intramarque et d'un cloisonnement du marché, qui peuvent faciliter notamment une discrimination par les prix. L'approvisionnement exclusif, qui oblige les distributeurs exclusifs à se procurer les produits de la marque en question directement auprès du fabricant, élimine en outre la possibilité d'un arbitrage par les distributeurs exclusifs, car il leur est interdit d'acheter à d'autres distributeurs membres du système.

► Accord d'exclusivité de clientèle

- Dans ce cadre, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée. En même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives à d'autres clientèles (concédées exclusivement).

- Ce système risque surtout d'affaiblir la concurrence intramarque et de cloisonner le marché, ce qui pourrait faciliter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou la totalité des fournisseurs pratiquent l'exclusivité de clientèle, la concurrence peut s'en trouver atténuée et les collusions facilitées, tant au niveau des fournisseurs qu'à celui des distributeurs. L'exclusivité de clientèle peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire la concurrence à ce niveau.

- La combinaison entre exclusivité de clientèle et distribution sélective constitue normalement une restriction caractérisée, car d'ordinaire, les distributeurs désignés ne peuvent pas librement procéder à des ventes actives auprès des utilisateurs finals.

► La distribution sélective

- Les accords de distribution sélective restreignent d'une part le nombre de distributeurs agréés et d'autre part leurs possibilités de revente. Contrairement à ce qui se passe pour la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs agréés ne dépend pas du nombre de territoires, mais de critères de sélection liés tout d'abord à la nature du produit. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente ne porte pas sur les ventes actives sur un territoire, mais sur toutes les ventes à des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les clients finals étant les seuls acheteurs.

- Elle risque d'affaiblir la concurrence intra-marque et, surtout s'il y a effet cumulatif, d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs, d'atténuer la concurrence et de faciliter les collusions entre fournisseurs ou acheteurs.

- *La distribution sélective purement qualitative* consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus.... L'application de tels critères n'impose pas de limitation directe au nombre de revendeurs agréés.

Elle ne produit pas en général d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient remplies :

- La nature du produit en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage.
- Les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire.
- Les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

- *La distribution sélective quantitative* ajoute d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeur s agréés, en imposant par exemple un niveau de vente minimal ou maximal, en fixant le nombre de revendeurs agréés, etc.

- La position détenue par le fournisseur et ses concurrents sur le marché est particulièrement importante pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence, car l'affaiblissement de la concurrence intra-marque ne constitue un problème que si la concurrence intra-marques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intra-marque fait problème. Le nombre de réseaux de distribution sélective présents sur le même marché est un autre facteur important. Lorsque la distribution sélective est appliquée sur le marché par un seul fournisseur, la distribution sélective quantitative ne produit généralement pas d'effets négatifs nets pour autant que les biens contractuels, eu égard à leur nature, requièrent le recours à un système de distribution sélective et que les critères de sélection appliqués soient nécessaires pour en assurer une distribution efficace.

► Les redevances d’accès payables d’avance

- Les redevances d'accès payables d'avance sont des redevances fixes versées par les fournisseurs aux distributeurs dans le cadre d'une relation verticale, au début d'une certaine période, pour pouvoir accéder à leur réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent les détaillants. Cette catégorie recouvre diverses pratiques, telles que les primes d'allocation d'espace («slotting allowances»), les redevances dites «de maintien» («pay-to-stay fees»), les paiements pour avoir accès aux campagnes de promotion d'un distributeur, etc.

- Elles peuvent parfois conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres distributeurs si elles incitent le fournisseur à écouler ses produits par l'intermédiaire d'un seul distributeur ou d'un nombre limité de distributeurs.

- Elles peuvent aussi conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres fournisseurs, si leur utilisation répandue renforce les barrières à l’entrée pour les nouveaux entrants de petite taille.

► La vente liée :

- C’est le cas lorsque les clients achètent un produit (le produit liant) sont également tenus d'en acheter un autre, distinct (le produit lié), auprès du même fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci.

- Une vente liée peut avoir des effets d'éviction anticoncurrentiels sur le marché lié, le marché liant, ou les deux marchés à la fois. L'effet d'éviction dépend du pourcentage des ventes totales sur le marché du produit lié en question. Lier les ventes revient à imposer à l'acheteur au moins une certaine forme de quota d'achat pour le produit lié. Si une obligation de non-concurrence est en outre contractée pour le produit lié, la possibilité que des effets d'éviction se manifestent sur le marché du produit lié est accrue.

- La vente liée peut affaiblir la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié, mais pas le produit liant.

▪ Si le nombre de clients achetant uniquement le produit lié n'est pas suffisant pour soutenir les concurrents du fournisseur sur le marché lié, la vente liée peut exposer ces clients à des prix plus élevés.

▪ Si le produit lié constitue un produit complémentaire important pour les acheteurs du produit liant, une diminution du nombre d'autres fournisseurs possibles pour le produit lié et, partant, la raréfaction de ce produit peuvent rendre l'entrée sur le seul marché liant plus difficile.

C. Autres accords entre entreprises :

Ils ne sont illicites que s'ils restreignent la concurrence de façon notable et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique.

► Partenariats avec des concurrents

- Les partenariats entre entreprises concurrentes jouent un rôle important pour permettre à des entreprises d'atteindre, en se regroupant et en mettant leurs ressources en commun, une taille suffisante pour mener certains projets, par exemple dans la recherche et le développement, dans la production conjointe, ou encore pour grouper leurs achats et ainsi augmenter leur pouvoir de négociation.

- Dans le cas de projets risqués et nécessitant de lourds investissements, un partenariat (par exemple sous la forme d'un consortium) permettra, le cas échéant, de diversifier le risque et donc de favoriser la réalisation de tels projets.

- Ces accords ont en général des effets favorables sur la concurrence et peuvent donc être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Ils peuvent cependant aussi entraîner des restrictions de la concurrence, sous forme *de coordination des prix, de répartition de la clientèle ou encore de diminution de la production.*

- Parmi les accords généralement considérés de façon bienveillante, il y a :

  ▪ *Les accords de recherche et de développement*, soit les contrats par lesquels les parties conviennent de mener conjointement des travaux de recherche et de développement. Ils règlent généralement aussi l'usage que chaque partie peut faire du résultat de ces travaux ;

  ▪ *Les accords de production*, soit les contrats par lesquels une entreprise confie

  à une autre la production de ses produits (sous-traitance) ;

  ▪ *Les accords d'achats groupés*, par exemple sous forme d'une centrale d'achats commune à plusieurs concurrents ;

  ▪ *Les accords de transfert de technologie*, qui incluent les contrats de transfert de droits de propriété intellectuelle (brevets, marques, droit d'auteur sur logiciel, savoir-faire, design, etc.) ainsi que les accords de licence portant sur de tels droits.

► Echanges d'informations :

- Il peut arriver que des concurrents soient amenés à travailler ensemble. Des concurrents peuvent notamment être amenés à coopérer en vue de :

  ▪ *Soumettre une offre conjointe dans une procédure d'appel d'offres (par exemple consortium de construction)*

  ▪ *Développer un nouveau marché (par exemple au moyen d'une joint-venture ou d'une entreprise commune).*

  ▪ *Racheter les activités d'un concurrent.*

- Dans tous ces cas, il est essentiel que les partenaires conservent constamment à l'esprit le fait qu'ils sont et demeurent des concurrents. Ainsi,

  ▪ Ils devront *limiter leurs échanges au strict objet de leur coopération.*

  ▪ Ils devront *s'assurer de ne pas transmettre à leur concurrent des informations sensibles sur leur entreprise, notamment des informations de nature stratégique (plans de*

développement, stratégie marketing, etc.), de nature financière (structure de coûts, politique en matière de marges et de coûts, etc.) ou commerciale (réseau de vente, sources d'approvisionnement, etc.), à moins que ces informations ne soient exigées et indispensables en vue de la réalisation de l'objet de leur accord.

- *En phase de pourparlers, autrement dit avant que la décision de mettre en œuvre l'accord ait été prise, il est recommandé de confier les informations les plus sensibles aux conseillers financiers de son partenaire, et non pas au partenaire directement.* En d'autres termes, il conviendra de mettre en place des garde-fous permettant de s'assurer que l'accord de coopération ou le travail commun ne soit pas utilisé comme un moyen indirect de procéder à un échange illicite d'informations entre concurrents.

► Vie associative

Les organisations professionnelles jouent un rôle important en tant que *forum de discussion d'une branche d'activité*. Elles défendent les intérêts généraux de la branche, notamment pour l'amélioration des conditions-cadres. Elles permettent également, dans certains cas, de *réduire les coûts de fabrication et d'élargir l'éventail des produits disponibles par l'adoption de standards uniformes* (normes énergétiques, caractéristiques unifiées de certains produits, etc.). En ce sens, les organisations professionnelles s'inscrivent dans une *dynamique d'amélioration des mécanismes du marché et peuvent ainsi se révéler bénéfiques à la concurrence.*

Mais, l'organisation ne doit ainsi pas se transformer en plateforme d'échanges d'informations sensibles entre concurrents ou en lieu de conclusion d'ententes illicites.

Il convient donc de faire preuve de prudence dans les activités menées et les propos échangés. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que les organisations professionnelles comportent plusieurs risques :

- *Des sujets confidentiels, dont il ne faudrait jamais discuter avec des concurrents (p.ex. des hausses de prix prévues) ;*
- *Le Conseil de la Concurrence pourrait supposer, sur la base d'autres indices suggérant un comportement coordonné au niveau de la branche, qu'un accord de nature cartellaire a été conclu dans le cadre de l'organisation ;*
- *Les statuts de l'organisation pourraient désavantager certains concurrents déterminés ;*

- *D'éventuels standards techniques pourraient être utilisés pour écarter du marché certains acteurs déterminés ;*
- *La défense des intérêts de la branche pourrait être confondue avec une protection des intérêts commerciaux individuels de ses membres.*

Les organisations professionnelles réalisent parfois des études de marché et d'autres enquêtes statistiques auprès de leurs membres, qui ne sont pas contraires au droit de la concurrence. Elles sont même susceptibles de la favoriser par une meilleure connaissance pour leurs membres du marché dans lequel ils évoluent ainsi que, le cas échéant, par une meilleure appréciation de leurs forces et faiblesses. De telles études peuvent néanmoins constituer un échange d'informations illicite, voire un instrument de coordination du comportement concurrentiel des membres de l'organisation.

► Partenariats avec des non-concurrents

- Le fait de conclure des accords avec des entreprises qui ne sont pas concurrentes permet souvent d'améliorer les processus de production ou de distribution et de favoriser l'innovation.

- De tels accords ne sont en général pas interdits par le droit de la concurrence, pour autant qu'ils ne contiennent pas de restrictions qui ne sont pas nécessaires pour améliorer les processus de production ou de distribution ou pour mener des projets de recherche et développement.

- D'autres limitations convenues entre les partenaires, portant notamment sur des activités de recherche ou commerciales sans lien direct avec le partenariat entrepris ou qui ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'objectif principal du partenariat, peuvent en revanche relever des dispositions sur les accords illicites.

- Les cas d'engagements de ne pas développer ses activités dans un domaine nouveau sans rapport direct avec le partenariat ou sans rapport avec la contribution de l'une ou l'autre des parties,
- Les accords entre les parties portant sur la commercialisation par chacune des produits ou services résultant du partenariat.

► Contrats avec des sous-traitants

- Un accord de sous-traitance est un accord par lequel un donneur d'ordre fournit une technologie ou un équipement à un sous-traitant (non-concurrent) qui s'engage à fabriquer certains produits (exclusivement) pour le donneur d'ordre sur la base de cette technologie ou de cet équipement.

- Ces accords ne sont en général pas interdits par le droit de la concurrence, pour autant que la technologie ou l'équipement considérés soient nécessaires pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits.

Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement ou de ne pas produire, en général, pour des tiers, peuvent relever des dispositions sur les accords illicites.

2- Les abus de position dominante

- La détention d'une position dominante n'est pas illicite en soi. Elle entraîne toutefois pour l'entreprise qui en bénéficie une "responsabilité spéciale" de ne pas en tirer profit au détriment de ses concurrents et de ses partenaires commerciaux.

- La position dominante est une situation de puissance économique qui donne la possibilité pour une entreprise de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs).

- La position dominante peut être du côté de l'offre (un fournisseur incontournable) ou de la demande (un distributeur incontournable). L'entreprise est du fait de sa position dominante dans une large mesure déliée de la pression concurrentielle à laquelle est habituellement confrontée toute entreprise.

- La position dominante n'est pas fonction de la taille de l'entreprise, mais de la taille et de la structure du marché.

Il arrive fréquemment que des PME soient confrontées à des partenaires ou des concurrents qui se trouvent en position dominante. Toutefois, sur un marché local ou très spécifique, même une PME pourra être considérée comme dominante.

- Il est également possible que plusieurs entreprises, qui ne sont pas en position dominante sur le marché de façon individuelle, soient considérées comme dominant ensemble le marché (position dominante collective).

- L'analyse de la position que détient l'entreprise concernée par rapport à ses concurrents sur ce marché se fonde principalement sur la part de marché de l'entreprise, exprimée en pourcentage du chiffre d'affaires global du marché pertinent, par rapport à celles de ses concurrents.

Si cette part de marché dépasse 50%, l'entreprise est présumée être en position dominante. Il peut cependant y avoir dominance même avec une part de marché inférieure, notamment si le reste de l'offre est très éclaté (parts de marché faibles), si les investissements requis pour entrer sur le marché sont élevés, ou si l'entreprise concernée dispose d'un autre avantage (par exemple marque de renom, exclusivité sur une technologie spécifique, position de force sur un marché voisin, etc.).

- L'abus peut consister en :

▪ **Le refus d'entretenir des relations commerciales**, par exemple le refus de livrer ou d'acheter des marchandises ou la cessation de livraison sans raison objective. Ce cas de figure s'applique en particulier si l'entreprise livre des composants essentiels à certains de ses concurrents.

▪ **La discrimination de partenaires commerciaux** en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, par :

- l'imposition de prix plus élevés à un concurrent (actuel ou potentiel) qu'à d'autres clients ;

- l'octroi de rabais de fidélités, qui sont des remises liées à la condition que le client s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise dominante.

▪ **Le fait par un opérateur historique d'imposer des conditions abusives aux autres opérateurs afin de protéger sa part dans le marché** (pour l'accès au réseau, la fourniture de la technologie nécessaire à l'interopérabilité…).

▪ **La réservation de la production de biens ou services sur un marché dérivé aux entreprises de son choix en** invoquant un droit de propriété intellectuelle.

Cette pratique n'est constitutive d'un abus de position dominante que si :

- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;

- Il n'existe aucun substitut réel ou potentiel au produit\service objet du refus ;

- Le produit ou service objet du refus est nouveau et son apparition risque d'être entravée, malgré une demande potentielle constante et régulière de la part des consommateurs.

▪ **La sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales,** dirigée contre un concurrent déterminé. Il s'agit pour l'entreprise dominante de vendre à un niveau de prix insupportable pour le concurrent pour l'éliminer et éventuellement relever ses prix par la suite.

▪ **La limitation de la production, des débouchés ou du développement technique;**

▪ **Le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.**

3- Les abus de dépendance économique :

- Il sanctionne la situation dans laquelle une entreprise\un groupe d'entreprise réalise une part importante de son chiffre d'affaires avec un seul partenaire incontournable (entreprise cliente ou fournisseur), lequel se permet d'adopter un comportement abusif à son égard.

- Plusieurs critères cumulatifs doivent être réunis pour qu'une entreprise puisse prétendre se trouver dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un partenaire.

▪ La part de l'entreprise dans le chiffre d'affaires de son ou ses partenaires,

▪ La notoriété de de la marque (ou de l'enseigne),

▪ L'importance de la part de marché de ce ou ces partenaires,

▪ L'existence ou non de solutions alternatives,

▪ Les facteurs ayant conduit à la situation de dépendance (choix stratégique ou "obligé" de la victime du comportement dénoncé).

- Pour se trouver en situation de dépendance économique, il ne suffit donc pas, par exemple, qu'un distributeur réalise la presque totalité de son chiffre d'affaires avec les produits d'un fournisseur. Ce fort courant d'affaires réalisé avec un partenaire unique doit résulter d'une quasi-contrainte.

- Il peut être le fait de fournisseurs qui, dans leurs relations avec les distributeurs :

  - Pratiquent le refus de vente : fait pour un professionnel de refuser de vendre un produit ou un service auprès d'un autre professionnel ou d'un particulier;

  - Pratiquent la vente liée : le fait de proposer ou vendre plusieurs produits dans un même lot sans proposer ces produits séparément au même prix;

  - Pratiquent à l'égard d'un partenaire économique ou obtiennent de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence;

  - Accordent une remise dite de gamme ou d'assortiment à son partenaire, distributeur de ses produits, en contrepartie de l'engagement pris par ce dernier de présenter sur ses linéaires tout ou partie de ses produits. Le fournisseur s'assure ainsi de la large diffusion de ses produits, le revendeur reçoit une compensation financière et le consommateur bénéficie quant à lui d'un large assortiment de références (mais relevant tous de la gamme de produits du même fournisseur).

Il peut être aussi le fait de distributeurs, qui dans leurs relations avec les fournisseurs procèdent à la rupture des relations commerciales.

4- La pratique de prix abusivement bas

Il s'agit d'offres de prix ou pratique de prix aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, transformation et de commercialisation (y compris les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits) , dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer à terme d'un marché, ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou l'un de ses produits.

Si l'entreprise est en position dominante, la preuve de la volonté d'éviction résulte de cette pratique. Sinon, la même pratique constitue une présomption simple ou indice de la volonté d'éviction, qui doit être complété par d'autres indices pour établir l'existence d'une telle volonté.

5- Les concentrations d'entreprises

- Le contrôle des concentrations a pour but d'empêcher qu'un regroupement d'entreprises donne naissance à une entité dont la position sur le marché lui donnerait les moyens d'entraver la concurrence.

Ainsi, à partir d'une certaine taille exprimée en termes de seuils de chiffres d'affaires réalisés par les entreprises participantes, les opérations de concentration d'entreprises doivent obligatoirement être notifiées au conseil de la concurrence et ne peuvent pas être réalisées avant d'avoir été autorisées.

- Ces seuils de chiffres d'affaires sont alternatifs :

- Le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être égal ou supérieur à 750 millions de dirhams ;
- Le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé au Maroc par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés par la concentration doit être égal ou supérieur à 250 millions de dirhams.
- Les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet, ou qui lui sont économiquement liées ont réalisé ensemble durant l'année précédente, plus de 40% des ventes ; achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci.

- Les opérations de concentration concernées sont les suivantes :

A. Les fusions au sens propre

- Il s'agit d'une opération économique qui vise à créer une entité économique à partir de structures juridiques en place ou à créer.

- Les entreprises doivent être indépendantes, sinon il s'agit d'une restructuration en interne ou d'une prise en contrôle d'une seule et même entreprise.

- Il existe plusieurs modalités de fusion :

- La fusion par création d'une entité nouvelle

Elle donne lieu à la création d'une personne morale nouvelle, à laquelle sont transférées les entreprises qui appartenaient à certaines entités anciennes, qui disparaissent alors, comme personnes morales.

- La fusion absorption

Dans ce cas, l'une des entités disparait après avoir apporté son patrimoine à l'autre qui ne survit pas comme personne morale.

- **La création d'une unité économique nouvelle ou fusion de fait** lorsque, en l'absence de concentration juridique, la combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique.

C'est notamment le cas lorsque deux ou plusieurs entreprises, tout en conservant leur personnalité juridique propre, établissent, sur une base contractuelle, une gestion économique en commun ou adoptent une structure à double cotation. Si cette opération entraîne une fusion de fait entre les entreprises concernées avec création d'un seul et même ensemble économique, l'opération peut être qualifiée de concentration. L'existence d'une gestion économique unique et permanente est une condition préalable pour déterminer s'il on est en présence d'une telle concentration de fait.

D'autres facteurs, tels que la compensation des profits et des pertes, la répartition des recettes entre les différentes entités à l'intérieur d'un groupe, leur responsabilité solidaire ou le partage des risques externes, peuvent aussi entrer en considération.

La fusion de fait, si elle peut s'appuyer sur de simples dispositions contractuelles peut également être renforcée par des participations croisées entre les entreprises qui constituent l'ensemble économique.

B. Les opérations de prise de contrôle d'une entreprise par une autre agissant seule ou plusieurs agissant conjointement.

Le contrôle découle des droits, contrats ou moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise.

Il en est ainsi :

- Acquisition d'actions ou d'éléments d'actif :

- Le plus souvent, la prise de contrôle est réalisée par l'acquisition d'actions ou droits de vote (conformément à la législation sur le droit des sociétés, notamment l'article 144 de

la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes, promulguée par le Dahir n°1-96-124 du 2 Juillet 1996, telle que modifiée et complétée), éventuellement combinée avec un pacte d'actionnaires en cas de contrôle en commun, ou par l'acquisition d'éléments d'actifs.

- Le contrôle exclusif peut découler d'une participation minoritaire, lorsque des droits spécifiques sont attachés à cette dernière notamment lorsque :

  - Des actions préférentielles auxquelles sont attachés des droits spéciaux donnent à l'actionnaire minoritaire la possibilité de déterminer la stratégie commerciale de l'entreprise cible, tel le pouvoir de nommer plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration.

  - Un actionnaire minoritaire a le droit de gérer les activités de la société et d'en déterminer la politique commerciale sur la base de la structure organisationnelle.

▪ **Contrôle commun** lorsque deux ou plusieurs entreprises ou personnes ont le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise. Il peut en résulter une situation de blocage liée au fait que deux ou plusieurs sociétés mères ont le pouvoir de rejeter les décisions stratégiques proposées. Ces actionnaires doivent donc nécessairement s'entendre sur la politique commerciale de l'entreprise commune (contrôlée) et sont appelés à collaborer.

Les modalités de prise de contrôle sont les suivantes :

- *Parité des droits de vote ou de représentation dans les organes de décision*

La forme la plus classique est celle où deux sociétés mères se partagent à parité les droits de vote dans l'entreprise commune. La parité peut aussi être obtenue en donnant aux deux sociétés mères le droit de nommer un nombre égal de représentants dans les organes de décision de l'entreprise commune.

- *Droit de veto*

Il en est ainsi lorsque des actionnaires minoritaires ont des droits supplémentaires qui leur permettent de s'opposer à des décisions capitales pour la stratégie commerciale de l'entreprise commune.

- *Exercice en commun des droits de vote :*

Même en l'absence de droits de veto spécifiques, deux ou plusieurs entreprises, qui acquièrent des participations minoritaires dans une autre entreprise, peuvent en prendre le contrôle en commun. Ce peut être le cas lorsque, ajoutées les unes aux autres, les participations minoritaires offrent les moyens de contrôler l'entreprise cible. Autrement dit, les actionnaires minoritaires possèdent ensemble une majorité des droits de vote, et se concertent pour les exercer. Cette concertation peut découler d'un accord juridiquement contraignant ou être démontrée sur la base de circonstances de fait.

- **Contrôle sur une base contractuelle** qui conduit à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise.

- Les contrats organisationnels conclus en vertu du droit national des sociétés ou d'autres types de contrats, revêtant par exemple la forme de convention de location-gérance des activités, par lesquels l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés.

- un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise : La conclusion d'un pacte de contrôle associé à une location-gérance des activités de l'entreprise, la conclusion d'un contrat spécifique visant à transférer le contrôle sur les ressources, la gestion et les risques entrepreneuriaux…

- Les liens purement économiques peuvent jouer un rôle décisif dès lors qu'il s'agit de prendre le contrôle d'une entreprise. Dans des circonstances exceptionnelles, une situation de dépendance économique peut conduire à un contrôle de fait lorsque, par exemple, de très importants contrats de livraison à long terme ou des crédits octroyés par des fournisseurs ou des clients, conjugués à des liens structurels confèrent une influence décisive.

C. La création d'une entreprise commune ("joint-ventures"), accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (c'est-à-dire d'une entreprise commune dite de plein exercice) lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une autre entreprise.

- Elle peut par exemple être constituée par plusieurs sociétés voulant développer ensemble un projet nouveau, unissant ainsi leurs forces et leurs compétences pour en favoriser la réussite ou réduire leur risque individuel.

- Si, de manière générale, la mise en commun de ressources est de nature à favoriser la concurrence, la réunion au sein d'une même entreprise de plusieurs entreprises par ailleurs concurrentes, voire actives dans des marchés proches, est néanmoins de nature à restreindre la concurrence à plusieurs égards, par exemple par des échanges d'informations sensibles entre concurrents ou encore par une coordination du comportement des partenaires sur le marché.

- Une entreprise commune de plein exercice remplit les conditions suivantes :

  - Elle doit avoir les ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché ;
  - Elle doit avoir des activités allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères ;

Elle ne doit pas être tributaire des ventes à ses sociétés mères ou des achats auprès de celles-ci et doit avoir en conséquence accès au marché en amont ou en aval de celui sur lequel elle opère.

Annexe 2 : Particularités liées aux organisations professionnelles

1- En tant qu'entreprise membre d'une organisation professionnelle:

- Etablir une liste des organisations dont vos employés et collaborateurs font partie, y compris les éventuelles fonctions exercées au sein d'organes ou de comités ;

-S'assurer que seules les personnes effectivement concernées par un sujet ou une thématique spécifique participent aux séances de l'organisation ;

- Sensibiliser toute personne faisant partie d'une organisation professionnelle à la problématique du droit de la concurrence et rendez-la attentive aux principaux risques auxquels elle pourrait être confrontée ;

- Préparer/demander un ordre du jour du comité ou de l'assemblée générale précis à l'avance :

  - Les réunions de l'organisation et de ses comités doivent être consignées dans un calendrier comportant des ordres du jour pertinent.
  - Des ordres de jour inappropriés ou trop vagues (tels que « affaires diverses » ou « autres ») ne doivent pas être validés. Le personnel de l'entreprise ne doit pas participer aux réunions dont les ordres du jour paraissent litigieux.

-Ne pas hésiter à demander des clarifications lorsque le sujet à abordé n'est pas clair ;

- Si cela est nécessaire assurer la présence d'un conseiller juridique lors des réunions des organisations professionnelles

- Echanger sur les thèmes conformes au droit de la concurrence :

  - Questions techniques, de nature non confidentielle, et concernant l'ensemble de la branche, telles que les standards ou prescriptions en matière de santé ou de sécurité,
  - Thèmes généraux relatifs à des technologies, comme propriétés et adéquation d'instruments particuliers ou de technologies spécifiques,
  - Conditions-cadre ou standards,
  - Campagne de communication ou lobbyisme au sein de la branche.

- Eviter les discussions déviant de l'ordre du jour ;

Faire cesser toute discussion qui pourrait à votre avis contrevenir au droit de la concurrence. Si nécessaire, quittez la réunion sans hésiter, tout en vous assurant que votre départ est mentionné au procès-verbal de même que sa raison

- Ne pas annoter les données échangées pour les études de marché et autres enquêtes statistiques avec des commentaires, des analyses, des observations ou des recommandations .

- Se renseigner sur la fréquence et le lieu d'organisation des événements.

Il n'est pas interdit de participer à des événements propres à un secteur d'activité particulier. Toutefois, de tels événements, s'ils sont trop fréquents ou s'ils se déroulent dans des lieux inhabituels, peuvent paraître suspect au regard des règles de droit de la concurrence.

- Etablir/faire remettre un procès-verbal détaillé ;

- Prendre copie et conservez tout document qui est échangé ou discuté lors de réunions associatives.

2- En tant qu'organisation professionnelle :

- Vérifier que l'organisation est légalement constituée et que l'obligation de respecter les règles de concurrence est explicitement prévue dans ses statuts ;

- Vérifier si les critères d'adhésion sont objectifs, précis et non discriminatoires au cas où l'adhésion à l'organisation est restrictive et non ouverte ;

- Vérifier si le travail des comités ou sous-comités est pertinent et si certains d'entre eux ne sont pas potentiellement plus propices à des discussions présentant un risque d'entente ;

- Définir ce que c'est qu'une information concurrentielle sensible tout en répertoriant :

  - Les informations dont l'échange par les membres est admis ;
  - Les informations concurrentielles sensibles dont l'échange entre les membres est interdit et les conséquences de leur échange

- Vérifier si le site internet, ainsi que le contenu de l'espace réservé aux membres de l'organisation est conforme aux règles de la concurrence :

- Des informations sur les prix ou les éléments de prix (tels que les mécanismes de fixation des prix, les conditions de crédit, les rabais, les promotions, les taxes, les taux de fret, etc.) sont-elles mentionnées sur le site ?
- Existe-il des preuves que des informations détaillées sur des prix, des parts de marchés, des clients ou des volumes sont échangées ?
- Existe-il une liste de consommateurs ou de fournisseurs « autorisés » ?

- Afin de ne s'exposer à quelque problème que ce soit en relation avec l'établissement d'études de marché et d'autres enquêtes statistiques auprès de leurs membres, il faut respecter les points suivants:

- S'assurer que la collecte et le traitement des données soient réalisés par une entreprise indépendante (ou, à tout le moins, par une équipe exclusivement composée de collaborateurs de l'organisation professionnelle, à l'exclusion de tout collaborateur des entreprises membres de l'organisation) ;
- S'assurer que les informations fournies ne sont pas transmises à des concurrents et que la confidentialité des données fournies soit pleinement respectée ;
- S'assurer que les statistiques sont établies de façon abstraite et ne permettent pas de mettre en relation des données particulières avec l'entreprise qui les a fournies ;
- Eviter les discussions sur les statistiques échangées par les entreprises ayant fourni ces données avant, pendant et après les réunions des organisations d'entreprises, ni à toute autre occasion.

- Adresser un ordre du jour détaillé conforme au droit de la concurrence aux représentants des membres de l'organisation professionnelle avant sa tenue ;

- Etablir des procès-verbaux qui doivent mentionner l'identité de tous les participants à la réunion et refléter le contenu des débats et des propos tenus et des décisions adoptées ;

- Les débats lors des réunions devront strictement rester dans le cadre de l'ordre du jour établi

- Si les débats venaient à s'écarter de l'ordre du jour pour dévier sur des sujets contraires au droit de la concurrence, chaque représentant des membres de l'organisation

professionnelle aura la responsabilité de recadrer les échanges et, le cas échéant, de mettre un terme à la réunion (notamment en cas de doute sur la licéité des informations échangées) en la quittant et en faisant spécifier le motif de son départ sur le procès-verbal ;

- Il appartiendra au responsable de la réunion ou permanent de l'organisation professionnelle et à chaque représentant des membres de l'organisation professionnelle de solliciter l'appui de sa direction juridique en tant que de besoin avant de valider le contenu d'un PV de réunion

- Faire vérifier la précision des comptes rendus par les membres des entreprises présentes lors des réunions :

  - Sont-ils suffisamment précis ?
  - Contiennent-ils des preuves de discussions inappropriées ?
  - Contiennent-ils des preuves que les membres de l'entreprise présents aux réunions respectent les règles de leur entreprise ?

- Impliquer les directions juridiques des représentants des membres de l'organisation professionnelle afin de définir l'opportunité, le format et le contenu des démarches de l'organisation professionnelle tendant à faire connaître une position commune des membres vis-à-vis de l'extérieur et qui serait étrangère à l'activité spécifique de l'organisation (via des communiqués, courriers, réunions avec des tiers...).

- Conserver les ordres du jour, feuilles de présence et comptes rendus.